



HAL
open science

Liberté contractuelle et stratégies d'exploitation des droits de propriété intellectuelle : étude de cas à partir de la politique de valorisation des résultats de la recherche publique

Nicolas Bronzo

► To cite this version:

Nicolas Bronzo. Liberté contractuelle et stratégies d'exploitation des droits de propriété intellectuelle : étude de cas à partir de la politique de valorisation des résultats de la recherche publique. Presses universitaires d'Aix-Marseille. Propriété intellectuelle et liberté contractuelle, pp.137, 2017, Innovation et Brevet, 9782731410679. hal-03985384

HAL Id: hal-03985384

<https://hal.science/hal-03985384v1>

Submitted on 13 Feb 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Liberté contractuelle et stratégies d'exploitation des droits de propriété intellectuelle : étude de cas à partir de la politique de valorisation des résultats de la recherche publique

NICOLAS BRONZO
MAÎTRE DE CONFÉRENCE [EN DISPONIBILITÉ]
CENTRE DE DROIT ÉCONOMIQUE (EA 4224)
CHAIRE INNOVATION ET BREVETS

La question de la liberté contractuelle sera abordée ici sous un angle un peu particulier qui est celui de la recherche publique. Sont concernés les contrats de propriété intellectuelle conclus par des établissements de recherche publique pour assurer l'exploitation de leurs résultats, ce que l'on appelle les contrats de valorisation.

En apparence, les contrats de valorisation ressemblent fort aux contrats de licence couramment conclus pour organiser l'exploitation d'un droit de propriété intellectuelle. Cette similarité ne doit cependant pas masquer la profonde originalité des conventions de valorisation.

Cette originalité tient d'abord à la présence à l'acte d'une personne morale de droit public. Dans le contrat de valorisation, le titulaire du droit de propriété intellectuelle n'est pas une entreprise mais un établissement public, le plus souvent un Établissement public scientifique et technique (CNRS, INRA, INRIA) ou un EPSCP (Établissement public à caractère scientifique, culturel et professionnel) de type Université ou Grandes Écoles.

L'originalité du contrat de valorisation provient ensuite de ce qu'il contribue à l'accomplissement d'une mission de service public. Rappelons en effet que la valorisation des résultats fait partie des missions du service public de la recherche, au même titre que la production et la diffusion des connaissances¹. Certes, l'intérêt général n'est jamais totalement absent du droit de la propriété intellectuelle et de ses contrats, mais cette perspective est généralement indirecte. Dans le cas des contrats de valorisation, l'intérêt général doit être pris en considération de

¹ Art. L. 112-1 Code de la recherche.

façon immédiate. Cette ligne directrice marque profondément l'économie de la convention de valorisation.

Parce que la propriété intellectuelle – et notamment le brevet – est à la base des opérations de valorisation des résultats de la recherche publique, c'est fréquemment sous cet angle que la question est traitée. Quels résultats est-il possible de réserver ? Est-il légitime de protéger par un brevet des résultats obtenus grâce à de l'argent public ? Qui est propriétaire du titre obtenu ? Etc. Mais en réalité, ces interrogations se prolongent sur le terrain de la liberté contractuelle. La question est alors de savoir, une fois le droit de propriété intellectuelle acquis, ce que peuvent en faire les établissements publics de recherche. Comment, en d'autres termes, peuvent-ils mettre en action leur droit exclusif ? Peuvent-ils, par exemple, concéder des licences exclusives alors que l'innovation a été financée par des fonds publics ? Sont-ils libres de contracter avec l'entreprise de leur choix ?

La propriété et la liberté entretiennent des rapports étroits et connus². La question se présente ici sous un jour particulier, car les établissements publics titulaires de droits n'ont pas la possibilité d'exploiter directement leurs innovations, de sorte que l'exploitation repose forcément sur un contrat.

La mise en valeur des résultats et leur insertion dans la sphère économique reposent donc en grande partie de l'étendue de la liberté contractuelle reconnue aux établissements de recherche publique. Or, de ce point de vue, l'état du droit positif est assez contrasté.

L'apparition de la mission de valorisation a coïncidé avec le développement de la liberté contractuelle des établissements publics de recherche. Ce mouvement semblait logique et inéluctable. Si la propriété consiste à « attribuer à une seule personne [...] le pouvoir de décision sur la façon d'utiliser une ressource³ », alors l'essor de la propriété intellectuelle dans la recherche publique devait s'accompagner de la possibilité pour les établissements propriétaire d'organiser librement l'exploitation de leurs biens intellectuels innovants. Il y a bien eu, pour répondre aux enjeux de la valorisation, une expansion de la liberté contractuelle des établissements de recherche (I). Mais il faut aussitôt observer que cette liberté, conçue au départ comme l'instrument de la mise en œuvre d'une mission de service public, a été rapidement considérée avec circonspection. N'était-ce pas donner trop d'autonomie aux établissements que de les laisser décider, seuls, comment et par qui faire exploiter leurs innovations ? Quoi qu'on puisse en penser, ces craintes sont à l'origine d'une série de dispositifs qui, à des degrés divers, ont entraîné un mouvement de contraction de la liberté contractuelle des établissements de recherche publique (II).

² V. par ex. J. ROCHFLED, *Les grandes notions du droit privé*, PUF 2011, p. 77 et s. ; Ch. Mouly, « Propriété publique, propriété privée et justice », *APD* n° 41, 1997, p. 267 et s.

³ E. MACKAY et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Dalloz 2008, p. 761.

I. EXPANSION DE LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE

L'expansion de la liberté contractuelle des établissements publics de recherche est étroitement liée au développement de la mission de valorisation (A). Les principaux organismes de recherche ont pleinement intégré cette dimension dans le cadre d'une stratégie cohérente de protection et d'exploitation de leurs droits de propriété intellectuelle (B).

A. La valorisation et la liberté contractuelle

Le concept de valorisation prend corps au début des années quatre-vingt, lorsque les pouvoirs publics – largement influencés par le modèle nord-américain⁴ – prennent conscience de la nécessité de créer un cadre juridique favorable afin que les dépenses publiques consenties en faveur de la recherche se traduisent par des retombées économiques et sociales concrètes et mesurables. Ce fut un aspect essentiel de la loi n° 82-610 d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique de la France, qui visait à inscrire la politique nationale de recherche « dans le cadre très général du développement économique et industriel⁵ ». À compter de cette date, la valorisation des résultats fait partie des objectifs de la recherche publique, ainsi qu'en témoigne aujourd'hui l'article L. 112-1 du Code de la recherche.

Le modèle de la valorisation s'appuie sur la propriété intellectuelle qui permet de protéger les résultats et sur les contrats qui permettent d'en organiser l'exploitation. En cela, la valorisation s'inscrit dans une tendance plus large qui voit l'action administrative emprunter de plus en plus fréquemment la voie du contrat⁶, notamment lorsqu'il s'agit d'interagir avec la sphère économique.

Il s'agit bien d'une mission de service public, mais d'un genre un peu particulier, puisqu'elle implique pour les établissements publics de jouer un rôle actif, au côté des entreprises privées, sur le marché des technologies innovantes. Or, comme l'écrit un auteur, « c'est le jeu du marché (au sens économique), avec ses exigences mais aussi avec ses dérives, qui, aujourd'hui, rend la question de la liberté contractuelle des personnes publiques tellement actuelle⁷ ». De ce point de vue, il est vrai que le développement de la mission de valorisation a nécessité une certaine clarification quant à l'étendue de la liberté contractuelle reconnue aux établissements publics de recherche. Jusqu'à quel point les organismes publics pouvaient-ils prendre part à l'économie de l'innovation et du transfert de technologie, alors même que leur objet statutaire n'est ni industriel,

⁴ V. N. BRONZO, *Propriété intellectuelle et valorisation des résultats de la recherche publique*, PUAM 2016, n° 20 et s.

⁵ Ch. FORTIER, *L'organisation de la liberté de la recherche en France*, Thèse, Université de Bourgogne, 2004, p. 76.

⁶ V. Conseil d'État, Rapport public 2008, *Le contrat, mode d'action publique et de production des normes*, La documentation Française.

⁷ C. BRÉCHON-MOULÈNES, « Liberté contractuelle des personnes publiques », *AJDA* 1998, p. 643.

ni commercial⁸ ? La loi sur l'innovation et la recherche du 12 juillet 1999 (dite loi « Allègre ») a réalisé sur ce point une avancée considérable en insérant dans la loi de 1982 un article 19-1, qui figure désormais à l'article L. 533-2 du code de la recherche et qui dispose :

Dans le cadre des objectifs définis à l'article L. 112-1, les établissements publics à caractère scientifique et technologique peuvent assurer par convention des prestations de service, gérer des contrats de recherche, exploiter des brevets et licences et commercialiser les produits de leurs activités.

La faculté de s'impliquer pleinement dans l'économie de l'innovation, qui avait justifié en grande partie la création de cette catégorie particulière d'établissements administratifs que sont les EPST, est ainsi pleinement consacrée. La rédaction adoptée offre aux établissements une liberté très étendue, notamment par l'emploi du verbe « peuvent », qui inclut la liberté de contracter mais aussi celle de ne pas contracter. Il n'est également pas question d'exiger une quelconque autorisation ou avis de l'autorité de tutelle. Par ailleurs, aucun formalisme n'est imposé. On cherche ici à élargir le champ des possibles.

140

La liberté contractuelle des organismes de recherche est alors perçue comme un moyen de rapprochement avec le monde de l'entreprise. Dégagés des contraintes administratives, les établissements publics se trouvent dans une situation comparable à celle de leurs interlocuteurs privés, libres de s'engager suivant les modalités convenues. Toutes les ressources de la technique contractuelle peuvent être mobilisées. Ce rapprochement diminue les « coûts de transactions » et participe de la crédibilité des organismes publics auprès de leurs cocontractants. Il favorise la rencontre des volontés. Au contraire, toute limitation apportée à la liberté contractuelle d'une personne publique revient à amoindrir celle de son cocontractant privé. Au final, c'est la liberté des deux parties qui se trouve affectée par la réduction du champ ouvert à la négociation⁹.

La dynamique propre au marché des technologies innovantes nécessite une grande capacité d'adaptation de la part des opérateurs concernés, y compris les organismes de recherche. La liberté contractuelle offerte aux établissements publics de recherche est donc en grande partie justifiée par des considérations d'efficacité économique.

B. Liberté contractuelle et la stratégie des établissements de recherche

Cet espace de liberté conduira certains organismes à s'interroger sur la dimension stratégique de la propriété intellectuelle et de ses contrats par rapport aux objectifs et missions de la recherche publique. Si en effet la valorisation

⁸ V. Art. L. 321-1 Code de la recherche.

⁹ C. BRÉCHON-MOULÈNES, préc.

des résultats relève d'une logique économique, il n'est pas souhaitable que cette logique l'emporte systématiquement sur des considérations extra-économiques. Les choix opérés lors de l'opération de valorisation peuvent avoir des conséquences sur la société, la santé publique, l'environnement, l'éthique. Un contrat d'exploitation économiquement performant peut parfaitement entrer dans le cadre dans la mission de valorisation des résultats tout en étant – du fait de certaines clauses – en contradiction avec d'autres missions du service public de la recherche (par exemple la diffusion ou le progrès des connaissances). La modification de l'art. L. 112-1 b) du code de la Recherche par la loi du 13 juillet 2013 reflète ces préoccupations. Le texte d'origine visait simplement parmi les objectifs de la recherche publique « la valorisation des résultats de la recherche ». Il mentionne désormais « La valorisation des résultats de la recherche *au service de la société*, qui s'appuie sur l'innovation et le transfert de technologie¹⁰ ».

Toute la difficulté, pour les organismes publics de recherche, consiste ainsi à mobiliser efficacement ces possibilités nouvelles sans toutefois se laisser dicter leur conduite par les lois du marché. Plusieurs d'entre eux ont mené une réflexion d'envergure sur à ce propos, et fixé leur politique dans des chartes de propriété intellectuelle. C'est le cas, par exemple, de la *Charte de la propriété intellectuelle de l'INRA*, fruit d'un travail de réflexion de plus huit mois, et adoptée le 19 juin 2003¹¹. Bien qu'il soit dépourvu de force contraignante, ce document contient d'intéressantes précisions quant à l'orientation de l'organisme public, qui entend « œuvre au service de l'intérêt public, auquel sont subordonnées toutes autres considérations¹² ». Plus concrètement, s'agissant de l'exploitation des résultats, la charte énonce que « L'INRA devra privilégier la concession de licences non exclusives, tout particulièrement pour ses brevets génériques¹³ ». Les pouvoirs publics accompagneront le développement de cette *soft law* en identifiant des « bonnes pratiques » de la valorisation et en proposant des contrats-types, recommandations et autres lignes directrices¹⁴. Il n'est alors pas question de limiter la liberté contractuelle des établissements publics mais, bien au contraire, de les inciter à se saisir de cette liberté pour mener des actions de valorisation économiquement pertinentes et socialement justes. Indéniablement, il y avait, dans ce premier mouvement qui a animé les politiques de valorisation, un parfum de libéralisme. La propriété intellectuelle (donc une forme de propriété privée) trouvait un prolongement nécessaire et naturel dans la liberté contractuelle des établissements publics pour promouvoir l'innovation issue des laboratoires publics et, en définitive, concourir à la satisfaction de l'intérêt général.

¹⁰ Nous soulignons.

¹¹ [<http://institut.inra.fr/Reperes/Documents/Chartes/Charte-de-la-proprietee-intellectuelle>]

¹² Charte préc., p. 3.

¹³ Charte préc., p. 7.

¹⁴ V. not. Commission Recommendation on the management of intellectual property in knowledge transfer activities and code of Practice for universities and other public research organisations,

II. CONTRACTION DE LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE

Si, dans un premier temps, la liberté contractuelle des établissements de recherche publique a été sensiblement étendue pour permettre la réalisation concrète de l'objectif de valorisation des résultats on doit, dans un second temps, observer qu'elle a ensuite considérablement reflué. Au mépris de l'esprit libéral des origines, les contrats d'exploitation conclus pour valoriser les résultats de la recherche publique ont été progressivement encadrés. Ce glissement vers une forme de dirigisme résulte, d'abord, du contrôle déontologique exercé par l'administration sur les opérations de valorisation (A) et, ensuite, d'un dispositif issu de la loi du 22 juillet 2013 (B).

A. Le contrôle déontologique des opérations de valorisation

L'un des aspects essentiels de la loi du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche fut d'étendre considérablement les possibilités de mobilité vers le secteur privé offertes aux chercheurs désireux de participer à la valorisation de leurs inventions. Il est généralement admis que l'implication personnelle du chercheur dans le développement de l'innovation qu'il a contribué à créer améliore sensiblement les perspectives de succès du projet¹⁵. La mobilité des personnels complète avantageusement le transfert de technologie qui s'opère à travers le contrat d'exploitation en réalisant en parallèle un transfert des connaissances subjectives ou non-codifiées, c'est-à-dire inséparables de la personne qui les porte¹⁶. Elle résorbe ainsi en partie les difficultés qui peuvent résulter du schéma d'externalisation propre à la valorisation, lequel implique que l'innovation d'abord mise en forme dans la structure publique est ensuite développée et commercialisée par une structure différente (généralement une entreprise), qui ne dispose pas du même *background* cognitif.

Malgré l'intérêt évident de la mobilité des inventeurs, celle-ci était rendue très difficile par les principes d'exclusivité et de désintéressement applicables aux chercheurs fonctionnaires, qui pouvaient craindre au surplus d'être sanctionnés pour prise illégale d'intérêts¹⁷. Comment un inventeur pouvait-il, sans méconnaître ces règles, participer au développement d'une innovation dans une entreprise privée, qui plus est lorsque cette entreprise avait conclu un contrat d'exploitation avec son établissement de rattachement ? La loi du 12 juillet 1999 a constitué de ce point de vue une véritable révolution du droit de la fonction publique. Elle autorise en effet les chercheurs fonctionnaires à s'impliquer directement dans la valorisation économique de leurs travaux. La première possibilité offerte est celle du concours scientifique, qui permet au chercheur de consacrer une partie de son temps à la valorisation de son invention en entreprise sans quitter ses fonctions¹⁸.

¹⁵ V. N. BRONZO, thèse préc., n° 896 et s.

¹⁶ D. FORAY, *L'économie de la connaissance*, La Découverte, 2004, p. 46 et s.

¹⁷ Art. 432-14 Code pénal.

¹⁸ V. art. L. 531-8 Code de la recherche.

La deuxième possibilité, plus radicale, est celle de la création par le chercheur d'une entreprise qui valorisera ses travaux¹⁹. Il doit alors quitter ses fonctions, mais conserve en guise de filet de sécurité la possibilité d'être réintégré pendant plusieurs années²⁰.

La mise en action de ces dispositifs est soumise à de strictes conditions qu'il n'est pas question de détailler ici. Il convient en revanche de s'arrêter sur le contrôle déontologique instauré par la loi de 1999. Pour prévenir les éventuels conflits d'intérêts, toutes les demandes de mobilités sont soumises pour avis à la Commission de déontologie de la fonction publique, qui est notamment appelée à vérifier si « la prise d'intérêts dans l'entreprise est de nature à porter atteinte aux intérêts matériels ou moraux du service public de la recherche²¹ ». En pratique, ce contrôle va bien au-delà de la situation du chercheur fonctionnaire et s'étend jusqu'au contrat d'exploitation conclu entre l'organisme public et l'entreprise et qui sert de base à l'opération de valorisation. Dans l'un de ses premiers rapports d'activité, la Commission indique qu'elle porte « une attention toute particulière aux conditions du contrat et veille à ce qu'il ait des clauses équilibrées et non léonines au profit de l'entreprise²² ».

En l'absence de toute précision dans le Code de la recherche, la Commission s'est appuyée sur la notion – assez vague – de « défense des intérêts matériels et moraux du service public de la recherche » pour scruter la plupart des clauses essentielles des contrats d'exploitation. Dans un ouvrage publié à l'occasion des dix ans de la loi sur l'innovation et la recherche, M^{me} Claudel-Picard, rapporteur de la Commission de déontologie, expliquait ainsi :

« Effectivement, la Commission étudie de façon précise les intérêts du service public de recherche dans le contrat. Elle procède à la lecture de ces derniers et repère les éléments qui feront parfois l'objet de réserves si elle estime que les services publics ne lui paraissent pas assez préservés. Les conditions financières sont notamment examinées et peuvent être jugées "trop faibles", ou "trop vagues", ou « reportées dans le temps ». Elle vérifie également l'exclusivité et ce qu'il adviendrait si l'entreprise ne mettait pas tous ses efforts en œuvre pour valoriser réellement. [...] La propriété intellectuelle fait également partie des items systématiquement vérifiés : quelles seront les cessions ou exploitations éventuelles²³ ».

Par exemple, la Commission a considéré qu'une redevance de 1 % consentie à l'entreprise était contraire aux intérêts matériels du service public de la recherche²⁴. Entrant encore plus dans le détail d'une convention, la Commission

¹⁹ Art. L. 531-1 et s. Code de la recherche.

²⁰ Art. L. 531-6 Code de la recherche.

²¹ Art. L. 531-3 du Code de la recherche.

²² Rapport d'activité 2001, p. 99.

²³ M. CLAUDEL-PICARD, « Mobilité : la régulation par la Commission de déontologie », *L'innovation et la recherche en France*, dir. A. Robin, Larcier 2010, p. 98 et s., spéc. p. 121.

²⁴ CDFP, avis n° 03.AR083 et 03.AR084 du 18 septembre 2003, Rapports d'activité 2003, p. 81.

a jugé (?) que la redevance devait être assise sur le chiffre d'affaires et non sur les recettes nettes de l'exploitation²⁵.

On le voit, derrière le paravent de la déontologie, c'est à un contrôle minutieux de l'économie du contrat de valorisation que se livre l'administration. Un récent rapport consacré à la loi Allègre pointer d'ailleurs cette dérive, et suggère de « recentrer le rôle de la commission²⁶ ». Certes, le contrôle de la Commission sur les contrats de valorisation n'est pas systématique, puisqu'il n'intervient que lorsque le contrat s'accompagne d'une demande de mobilité de la part d'un ou plusieurs chercheurs. Mais on constate déjà que la liberté contractuelle des établissements de recherche est regardée avec une certaine suspicion. On craint à la fois le manque d'expérience dans les négociations et les risques de conflits d'intérêts. On craint que les contrats d'exploitation offrent des conditions trop favorables aux entreprises où qu'ils méconnaissent les intérêts de la recherche publique. Cette circonspection à l'égard de la liberté contractuelle des organismes publics de recherche culmine avec la loi du 22 juillet 2013, qui marque très nettement la contraction observée.

B. L'article L. 533-1 du Code de la recherche

L'article L. 533-1 du Code de la recherche est, depuis la réorganisation du Code intervenue en 2014, la pièce maîtresse du chapitre intitulé *La valorisation des résultats de la recherche par les établissements et organismes de recherche*²⁷. L'historique législatif de cet article révèle comment – en exerçant une pression sur la liberté contractuelle des établissements publics – le législateur a progressivement limité leurs choix stratégiques en matière de contrats d'exploitation. L'origine de ce texte doit être recherchée dans l'ancien art. L. 329-7, créé par la loi du 18 avril 2006²⁸. Initialement, cet article était applicable uniquement pour les résultats issus de financements ANR. Il édictait pour la première fois une véritable *obligation* de valoriser²⁹ les inventions « susceptibles d'un développement économique ». L'obligation de valoriser impliquant nécessairement l'obligation de contracter, l'un des aspects les plus importants de la liberté contractuelle des organismes publics – la liberté de contracter *mais aussi de ne pas contracter* – était méconnu. Le texte invitait également les établissements à s'orienter « de préférence » vers

²⁵ Commission de déontologie de la fonction publique, avis 06.AR039 du 30 mars 2006, Rapport d'activité 2006, p. 78. Dans le même sens : avis n° 05.AR062, n° 05.AR063 et n° 05.AR064 du 1er septembre 2005.

²⁶ J.-L. BEYLAT et P. TAMBOURIN, *La création d'entreprise par les chercheurs et l'intéressement des inventeurs*, Rapport ESR, février 2017. V. Spécialement la proposition n° 9, p. 16. [<http://www.enseignementsup-recherche.gouv.fr/cid113106/remise-du-rapport-beylat-tambourin-sur-la-loi-allegre.html>]

²⁷ Troisième chapitre du Titre III du Livre V lui-même intitulé *La valorisation des résultats de la recherche et le transfert de technologie en direction du monde économique et des associations et fondations, reconnues d'utilité publique*.

²⁸ Loi n° 2006-450 du 18 avril 2006, art. 16.

²⁹ En ce sens, E. VERGÈS, « Les perspectives juridiques de la recherche française », *JCP G* n° 29, 19 juillet 2006, I 158.

des entreprises européennes comptant moins de 250 salariés. Pas d'obligation à proprement parler quant au choix du cocontractant, mais une *suggestion* légale à tout le moins.

Un glissement supplémentaire s'opère avec la loi du 22 juillet 2013, qui modifie profondément l'article L. 329-7. C'est cet article modifié qui sera renuméroté L. 533-1 par l'Ordonnance n° 2014-135 du 17 février 2014. On ne manquera pas en effet d'observer l'élargissement sensible du champ d'application. Le texte n'est plus seulement applicable aux résultats issus de financements ANR, mais concerne désormais toutes les recherches « financées par des dotations de l'État et des collectivités territoriales ou par des subventions d'agences de financement nationales », c'est-à-dire à la quasi-totalité des résultats de la recherche publique. L'obligation de valoriser – et donc de contracter – mentionnée ci-dessus serait donc généralisée. Autant le dire d'emblée : cela ne semble ni réaliste, ni souhaitable. Les établissements publics doivent conserver une importante marge de manœuvre pour décider quelles innovations seront portées par une démarche de valorisation. Sans cela, la dilution des moyens mis en œuvre serait bien trop forte.

En poursuivant la lecture de l'article, on constate qu'il exerce également une influence sur la stratégie contractuelle des organismes de recherche et de leurs partenaires. Cela est manifeste, par exemple, s'agissant des cessions consenties au profit d'opérateurs privés. Devant le risque que certaines entreprises acquièrent des innovations issues de la recherche publique non pas pour les exploiter, mais par exemple pour neutraliser une technologie concurrente ou pour les utiliser comme moyen de blocage, le point VI de l'article L. 533-1 impose en cas de cession une obligation d'exploitation sanctionnée par la nullité [sic] de la cession³⁰. La cession n'est pas la formule contractuelle la plus couramment employée pour les besoins de la valorisation, qui prend généralement appui sur des licences. Néanmoins, elle peut présenter un intérêt lorsqu'un établissement entend rationaliser son portefeuille de brevets, ou favoriser l'essor d'une jeune entreprise issue de l'essaimage académique. L'article L. 533-1 traduit à l'égard de la cession une suspicion malvenue, en laissant entendre que les organismes publics ne sont pas capables de négocier des cessions conformes à leur mission de service public.

La loi encadre également plus strictement que par le passé le choix du cocontractant appelé à valoriser les résultats de la recherche publique. L'article L. 533-1 III dispose en effet que les contrats d'exploitation doivent être conclus avec des entreprises « qui prévoient une exploitation de l'invention au moins en partie sous la forme d'une production industrielle ou de la création de services, de préférence sur le territoire de l'Union européenne et, parmi ces entreprises, de préférence auprès des petites et moyennes entreprises et industries et des entreprises de taille intermédiaire ». Le ciblage des petites et moyennes entreprises qui exercent leur activité sur le territoire de l'Union européenne est

³⁰ « Sauf excuses légitimes, après cinq ans à compter de la date du transfert sans exploitation par l'entreprise de l'invention [...], la cession est nulle et la propriété du titre revient intégralement à la personne publique qui l'a cédé. Les restitutions et compensations sont réglées par le code civil ».

repris et complété par l'introduction d'une hiérarchie. (D'abord les entreprises qui exercent leur activité sur le territoire européen et ensuite, parmi celles-ci, les petites et moyennes entreprises). Surtout, la loi de 2013 a introduit une nouvelle limitation qui, parce qu'elle précède la locution « de préférence » ne doit pas être regardée comme une *incitation* mais bien comme une *obligation* : le cocontractant doit être une entreprise qui prévoit « une exploitation de l'invention au moins en partie sous forme de production industrielle ou de la création de services ». Il s'agit ici d'éviter que les inventions issues de la recherche publique ne soient utilisées comme un levier de spéculation par des fonds d'investissement. Encore une fois, le problème est que si le schéma « classique » de la valorisation repose effectivement sur une exploitation « directe » des innovations, le recours à certains intermédiaires se justifie parfois pleinement. C'est le cas notamment de France Brevets, fonds d'investissement public créé spécialement pour valoriser les inventions issues de la recherche publique et des PME françaises. Pourquoi interdire aux établissements de recherche publique de conclure des contrats d'exploitation avec des opérateurs de ce type ? Cela témoigne, une fois de plus, d'un manque de confiance dans les établissements.

En définitive, on doit bien constater qu'en matière de valorisation des résultats, la liberté contractuelle des établissements publics – sans être inexistante – est tenue sous une stricte surveillance. L'opportunité de contracter ou de ne pas contracter, le choix du cocontractant dépendent des dispositions du Code de la recherche. Bien souvent, le contenu du contrat de valorisation sera soumis à un contrôle déontologique étendu. Cette orientation est critiquable. Les pouvoirs publics imposent les modalités de valorisation suivant un schéma-type qui n'est pas forcément adapté à toutes les situations. On s'est beaucoup éloigné de l'idée que chaque établissement public était le mieux placé pour déterminer les moyens appropriés de valoriser ses résultats et fixer sa propre stratégie contractuelle.

Ce mouvement conduit à s'interroger sur la place de la liberté contractuelle dans les contrats d'exploitation conclus entre la recherche publique et les entreprises privées. Il s'agit là, très certainement de conventions « à risque », parce qu'il s'agit d'argent public, mais aussi parce que certaines technologies portent des enjeux économiques et sociaux considérables, par exemple en matière de santé publique, ou de protection de l'environnement. Il ne fait aucun doute que les établissements publics qui agissent sur le marché des technologies dans une perspective d'intérêt général, ne peuvent se comporter de la même façon que des opérateurs privés, principalement motivés par la recherche de profit. Mais devant la variété et la complexité des modèles de développement technologique, il semble bien illusoire de vouloir imposer par le haut des pratiques contractuelles supposément vertueuses. Au contraire, je reste convaincu que la liberté restait le meilleur moyen pour chaque établissement d'établir une stratégie efficace et responsable pour l'exploitation de ses droits de propriété intellectuelle.